LA DIMENSION FILOSOFICA Y MORAL DE LA PENA*

Juan Omar Cofré Lagos
Fac. de Ciencias Jurídicas
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

El castigo o pena es el último extremo al cual recurre el derecho penal para responder institucionalizada, legal y legítimamente a las ofensas que quiebran el orden jurídico de una sociedad. El castigo es, y no puede ser de otra manera, un mal que causa dolor físico, mental y moral y por eso, precisamente, requiere, al menos en el plano teórico, una justificación –es decir, un conjunto de razones moral y racionalmente compatibles– ético-filosófica y, jurídica. En este trabajo se examina la dimensión ético-filosófica de la pena y se expone el clásico debate filosófico moderno entre el retribucionismo y el utilitarismo preventivo; en la discusión se ponen a la vista, fundamentalmente, las doctrinas de Kant y Schopenhauer, dos pensadores que abrazan teorías contrapuestas. El primero, precisamente el retribucionismo y, el segundo, el utilitarismo prevencionista.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un problema que desde tiempos inmemoriales ha preocupado a los hombres es el de determinar en qué medida y hasta qué punto es legítimo castigar a quien ha cometido una falta o un delito. El castigo es una forma de sufrimiento físico, psíquico o moral que surge como respuesta natural y espontánea ante la ofensa de quien, a su vez, de manera arbitraria e intencional, daña a un inocente. El ofensor pareciera que de algún modo, brutal o sutil, transgrede cierto orden querido y estimado como bueno o útil por la tradición, las leyes o los valores que la sociedad y la autoridad consideran justo y necesario preservar para la vida buena, el bien común y el bienestar de los hombres.

La respuesta institucionalizada es el castigo o pena. Pero, ¿cómo justificar el castigo? "Justificar" implica ofrecer razones y argumentos racionales que, en último término, legitimen o hagan aceptable racionalmente esta institución. ¿Cómo explicar, en consecuencia, que una comunidad político-jurídica ejerza una violencia programada sobre uno de sus miembros? ¿En qué fundamenta ese poder punitivo o derecho a castigar? ¿Cuál es la última razón del poder punitivo del Estado o de la sociedad? ¿Cómo justificar, por tanto, que a la violencia ilegal representada en el delito se añada esa segunda violencia institucionalizada y motorizada por los órganos punitivos del Estado?

Filósofos y juristas a lo largo de los siglos se han preguntado si por el hecho de que una persona ha cometido una ofensa se le debe infligir un castigo. Este, considerado en sí mismo, es un mal, un daño consciente y deliberado, realizado por hombres dotados de autoridad y financiados por el Estado. Por cierto que esto significa que las respuestas tradicionales emanadas del legalismo, del autoritarismo, del utilitarismo y del retribucionismo, no son suficientes. Los criterios elaborados por estas doctrinas adolecen de deficiencias argumen-

* Este trabajo es parte de los resultados generados por el proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT, Nº 1990726, "La justificación moral del castigo".

tativas y de racionalidad, lo que las hace sospechosas y no convincentes. Sin una razón justificadora, a nadie se le puede exigir, en rigor, que acepte la institución del castigo, si por falta de ella ésta aparece como arbitraria e irracional. Ello no equivale a sugerir que todas las faltas y los delitos han de quedar impunes; tan sólo se trata de revisar esta institución social y jurídica para, a la luz de nuevas consideraciones, poner en claro su naturaleza, su finalidad y su eventual legitimación.

Se puede percibir que la cuestión de la justificación de la pena conlleva una serie de relaciones e implicaciones que comprometen la existencia misma del Estado y del derecho penal. Esto quiere decir que la legitimidad política y moral del derecho penal, en tanto técnica de control social que constriñe la libertad de los ciudadanos, es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del Estado, como monopolio organizado de la fuerza.

En la historia del derecho penal las reformas y giros del derecho han venido siempre precedidos por doctrinas éticas y filosóficas acerca del fin de la pena y de las condiciones racionales que ésta debe satisfacer. Es el sufrimiento implícito en la pena lo que ha movido a filósofos y a penalistas a buscar una justificación moral de ella que sea suficientemente convincente y racional, siendo la pena, como es, y la coacción en general, un elemento esencial del Derecho; la justificación moral de la pena es una condición filosófica necesaria para la legitimación ética del Derecho.

Las consideraciones precedentes demuestran de inmediato que el problema de la justificación moral del castigo, sentido lato, o de la pena, sentido jurídico, da origen a una maraña de problemas de carácter ético, axiológico, metodológico y epistemológico que la ciencia y la filosofía penal no pueden menos que comenzar por distinguir. Hay tres problemas lógicamente implicados que es de rigor separar: el delito, la justificación de las penas o castigos que surgen como consecuencia del delito y los procedimientos de investigación y calificación de éstos. El que a nosotros nos interesa es propiamente el segundo, en tanto y en cuanto implica toda una problemática filosófica y moral.

En efecto, no le compete a la teoría del castigo justificarse a sí misma, como no le corresponde a la matemática, sino a la filosofía de la matemática, la justificación de los saberes positivos. La justificación de los saberes positivos es esencial para un saber fundado, como vio Husserl. Una filosofía penal, en consecuencia, debería aspirar a investigar los alcances y posibilidades de una doctrina de la justificación moral del castigo, con el fin de que ésta pueda desempeñar un papel cimentador en una política criminal, en una teoría penal y, desde luego, en un ordenamiento jurídico. Un enfoque epistemológico –es decir, de las fundamentaciones axiomáticas de la teoría– obliga a hacer una serie de distinciones muchas veces pasadas por alto y causa de numerosas confusiones y extravíos.

Primeramente es necesario distinguir al menos dos niveles de discurso: el extrajurídico y el intrajurídico. El primero versa sobre los fines externos y el deber ser de la pena. El segundo trata del ser de la pena. Aquél es un discurso eminentemente filosófico; éste, esencialmente jurídico. El discurso filosófico se encamina a descubrir el fin que justifica o no justifica el castigo (y, por ende, el derecho penal), trátase de una doctrina normativa referida a valores. El discurso jurídico, en cambio, describe, o cree describir, los fenómenos penales por medio de proposiciones que resultan verdaderas o falsas.

Las normas nada dicen acerca de los hechos, del mismo modo que los hechos nada pueden decir sobre el valor de las normas. Por tanto, la pregunta fundamental "¿Por qué castigar?" ha de ser explicitada en dos sentidos diferentes: ¿Por qué existe la pena o se castiga? y ¿Por qué debe existir la pena o se debe castigar? El primero es, como se ve, un problema de orden empírico; el segundo, por el contrario, es un problema filosófico (axiológico), formulado mediante expresiones normativas de las que sólo cabría decir que son justas o injustas, correctas o incorrectas. La tarea preliminar de una teoría sobre la finalidad de la pena consiste, entonces, en elucidar en un plano metateórico los diversos niveles epistemológicos implicados en la pregunta "¿por qué se debe castigar?", si es que se debe castigar. La legitimación interna en un siste-

ma penal dado corresponde, pues, de acuerdo a lo dicho, a la teoría penal, mientras que la externa compete a la filosofía del derecho penal. Naturalmente que si sólo se trabaja en el plano interno se podrá, cuanto más, llegar a una legitimación interna de la pena, pero no a una justificación última y final, sin la cual el sistema jurídico penal aparecerá desprovisto de fundamento gnoseológico y de una razón primera o final.

Supóngase que en un colegio hay un sistema normativo, conocido por los alumnos, que prescribe un castigo para los estudiantes que sean sorprendidos fumando en el recinto educacional. Es el caso que X fue sorprendido fumando, el Director lo llamó y lo castigó con pérdida de recreo por una semana. El padre, al enterarse, visita al profesor jefe y le demanda que justifique el sentido del castigo. El profesor argumenta: "Se lo castigó *porque* infringió las disposiciones del colegio que prohíben fumar". No conforme, el padre se acerca al Director en busca de una justificación más convincente y éste contesta: "Se lo castigó *para* que no vuelva a fumar en el colegio". Obviamente las dos respuestas son no sólo diferentes, sino –según una tradición de más de dos mil años– incluso incompatibles. Ellas reflejan de manera fidedigna las doctrinas retribucionista y utilitarista, respectivamente.

Para el retribucionismo, cuando X fuma en el colegio, X comete una ofensa que en cuanto tal es *indebida*; como consecuencia de ello –y si ha actuado libre y voluntariamente– se ha hecho *culpable* y un agente moral portador de una culpa debe expiar su culpa, para lo cual debe recibir de parte de la autoridad lo que a su vez les es debido, es decir, el *castigo*. A la ofensa se *retribuye* con castigo (que es un mal) a objeto de borrar o lavar –a ser posible– la ofensa. En definitiva, el sujeto es castigado "porque cometió una ofensa". Kant y Hegel representan, en los Tiempos Modernos, paradigmática y genuinamente, esta doctrina. Según Kant, un imperativo moral absoluto obliga a castigar al culpable por el mero hecho de haber cometido la falta o delito. "Aun cuando la sociedad civil, escribe, se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros, el último asesino que se encontrara en la cárcel debería antes ser juzgado a fin de que la sangre derramada no recaiga sobre el pueblo que no ha reclamado tal punición". Hegel argumentó de manera semejante, pero no *por more* a la ética, sino al Derecho. "En esta discusión, sostuvo, lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como el surgimiento de un mal, sino como lesión al derecho como derecho"[1].

Para el utilitarismo, lo importante no es la ofensa, porque ya está cometida y "lo que está hecho, como sostuvo Platón, no puede ser deshecho". De lo que se trata es de que el alumno no vuelva a fumar en el colegio y que sus compañeros se den cuenta que si ellos hacen otro tanto, les ocurrirá lo mismo que a X. El castigo que se inflige a un sujeto humano no puede, pues, justificarse moralmente basándose en el concepto "culpa-ofensa". Todo castigo, *per se*, es dañino y malo. Mal se podría intentar alcanzar un bien por intermedio de un mal. Un castigo sólo puede justificarse moralmente cuando se toman en cuenta las consecuencias valiosas que su aplicación puede llegar a producir. El campeón de esta doctrina ha sido Bentham, quien escribió: "La finalidad del Derecho es aumentar la felicidad. El objeto general que todas las leyes tienen, o deben tener, es incrementar la felicidad general de la sociedad y, por lo tanto, deben excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad: en otras palabras, excluir lo pernicioso. Y la pena es un mal y es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella ha de ser admitida, sólo debe serlo en la medida en que promete evitar un mal mayor"[2].

---

[1] G.W.F. HEGEL: *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural o Ciencia Política*. Edit. Edhasa, Barcelona, 1988, pp. 160-161.

[2] J. BENTHAM: *Tratado de legislación civil y penal*. Librería de Lecointe y Lasserre, Madrid, 1938.

Los utilitaristas, a su vez, consideran que los retribucionistas incurren en varios errores:

i) Al considerar la pena como una respuesta proporcional a la ofensa no están sino sublimando la venganza que manda devolver mal por mal, lo cual es irracional e injusto. ¿Cómo se puede pretender que de la suma de dos males (la ofensa y el castigo), resulte un bien?

ii) No es posible alcanzar un bien –la supuesta justicia retributiva y reparativa– mediante un mal, cual es el castigo.

Sin embargo, ambas teorías importan consecuencias que, desde el punto de vista de una teoría racional de la moral, son inaceptables. Como vio bien Séneca, las justificaciones del retribucionismo son *quia peccatum*, es decir, miran hacia el pasado (se castiga al sujeto por lo que hizo), mientras que las utilitaristas son *ne peccetur*, es decir, miran hacia el futuro, se castiga para que el delito no se vuelva a producir.

El retribucionismo reprocha al utilitarismo varios puntos, entre otros:

i) que permita el castigo de inocentes. Claro, porque si de lo que se trata es de conseguir efectos útiles, entonces no hace falta establecer una estricta proporción entre la ofensa y el castigo. Si lo que interesa es que en la sociedad no se cometan delitos o faltas que atenten contra los fines valiosos, entonces podría estar permitido castigar sin tener en consideración la proporción entre la ofensa y el castigo. En realidad, a mayor castigo, probablemente, mejor advertencia para los posibles infractores y, entonces, de ahí a castigar a un inocente no hay más que un paso. Así pensó Caifás cuando en el Sanedrín argumentó a favor de que era mejor condenar a un inocente que permitir que todo el pueblo perezca. Y nada puede causar más repugnancia moral que el castigo de un inocente.

ii) Tampoco sería el castigo en sí mismo lo que previene, reforma o desalienta ya que estos fines pueden alcanzarse por otros medios tales como la amenaza del castigo, los consejos, el tratamiento psiquiátrico, la educación, etc., medios todos externos al castigo en sí.

Sin embargo, hay que señalar, como han sostenido algunos iusfilósofos de la escuela analítica, que un planteamiento más riguroso en términos lógicos y lingüísticos puede llevar a disipar problemas que en verdad no son tales. En este sentido la pregunta "¿Por qué se castiga?" o mejor, "¿Por qué se debe castigar?" conviene descomponerla en estas dos cuestiones: "¿Por qué (cuestión ontológica) se debe castigar?" y "para qué (cuestión teleológica) se debe castigar?" Como es fácil observar, la primera pregunta es contestable desde un punto de vista retribucionista ("Porque se cometió un delito") y la segunda, desde un punto de vista utilitarista ("Para que no se vuelva a repetir"). Cualquier intento eclecticista parece fracasar, al menos en el plano teórico, ya que no se pueden conciliar ambas teorías. Porque, ¿qué contestar desde el punto de vista retribucionista a la pregunta '¿para qué castigar?' y, a su vez, qué contestaría el utilitarismo a la pregunta '¿por qué castigar?'?

Una buena teoría debe dar respuesta a las dos interrogantes.

II. El origen de la controversia y su proyección moderna

Es interesante observar desde el punto de vista filosófico que la disputa moderna y contemporánea sobre los fines de la pena no ha avanzado en lo esencial respecto del planteamiento originalmente habido en la filosofía griega. Entre los filósofos griegos hay una divergencia en lo relativo a la dimensión ontológica y teleológica de la pena. En ésta, como en otras materias, se puede decir que la diferencia que marcaron las dos primeras teorías griegas se mantiene hasta el día de hoy. Ninguna filosofía ni teoría penal ha logrado salvar la decisiva discrepancia entre las teorías absolutas y las relativistas de la pena. Las teorías absolutas, que asumen una filosofía idealista, han agotado todo lo esencial respecto del sentido de la pena, pero no han logrado resolver el aspecto relativo a su dimensión social y psicológica; por el contrario, el relativismo penal, si bien ha podido ofrecer garantías sólidas en este último aspecto, es bien poco lo que ha podido avanzar en la indagación de la esencia de este fenómeno profundamente humano. En todo caso, pareciera ser que la primera noción que surge espontáneamente en una sociedad menos evolucionada filosófica y jurídica-

mente, es la comprensión de la pena como una suerte de represalia que los particulares ofendidos encargan a la sociedad por medio de las instituciones represivas del Estado. En su sentido más original, y brutal, la pena es concebida por las primeras sociedades como *ius talionis*. Platón, en cambio, ya se opuso con sólidos argumentos, que la tradición filosófica y jurídica repetirá hasta nuestros días, al planteamiento retribucionista.

> "Porque nadie castiga a los malhechores –sostiene en el *Protágoras*– prestando atención a que hayan delinquido, a no ser que se vengue irracionalmente como un animal. El que intenta castigar, con razón, no se venga a causa del crimen cometido –ya que no se puede lograr que lo hecho sea deshecho–, sino con vistas al futuro, para que no se obre mal nuevamente, ni este mismo ni otro, al ver que éste sufre su castigo.
> Y el que tiene ese pensamiento piensa que la virtud es enseñable, pues castiga a efectos de disuasión, de modo que tienen semejante opinión cuantos castigan en público o en privado."

Esta sorprendente y perenne universalidad del genial pensamiento platónico encuentra su contrapartida en la no menos extraordinaria doctrina aristotélica de la pena. Aristóteles, sobre la base de un concepto de justicia más elaborado, se propone superar los atavismos de venganza irracional que subsisten en el retribucionismo al sostener que el fundamento de la pena debe estar en lo que él denomina *justicia correctiva*, concepto éste que tiene su razón de ser en la igualdad matemática. Según el Estagirita, la vida social exenta de conflictos supone un perfecto estado de equilibrio. En ausencia de ofensas no hay ni puede haber castigo; éste es el orden natural. Pero cuando un agente moral incurre en un ilícito, desestabiliza el equilibrio natural y este desequilibrio dañino para la vida social se mantiene incólume mientras no intervenga una fuerza externa que vuelva a llevar al estado de cosas a su justo natural. En la justicia penal, sostiene:

> "La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y el otro la recibió, si uno causó un daño y el otro lo resintió.
> En consecuencia, el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando uno es herido y el otro hiere, o cuando uno mata y el otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el juez trata entonces de igualarlas con el castigo, retirando lo que corresponde del provecho del agresor. De estos términos nos servimos de una manera general en semejantes casos (...). Así, siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria: más de lo bueno y menos de lo malo son provecho, y lo contrario, pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correctivo será, por tanto, el medio entre la pérdida y el provecho. Por esta razón, todas las veces que los hombres disputan entre sí recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por así decirlo, la justicia animada"[3].

III. El debate moderno: Kant / Schopenhauer

Al menos para la historia de la filosofía penal, y en el horizonte de los intereses de este trabajo, es pertinente reactualizar el debate en torno al sentido y fin de la pena que se da en el seno del idealismo alemán entre Kant y Schopenhauer. La disputa es bien representativa del mundo filosófico y jurídico moderno –y no tan conocida como se pudiera suponer– y, desde luego, no parece que hasta el día de hoy la ciencia y la filosofía penal se hayan decantado por una de ellas con olvido de la otra; por el contrario, ambas doctrinas

[3] Aristóteles: *Etica Nicomaquea*, Libro V, Gredos, Madrid, 1993.

siguen vigentes y una y otra dominan en tal o cual escuela jurídica e influyen en la determinación de la política criminal de las sociedades contemporáneas. El examen de este diferendo puede tener la virtud de permitirnos ver con claridad cuáles son los puntos más agudos del conflicto y ponderar las virtudes y los defectos de cada doctrina.

Según Kant, la pena judicial (*poena forensis*), como él la llama, conforme a su doctrina moral, no puede nunca servir como medio para fomentar otro bien ni aunque este supuesto bien vaya en beneficio del propio delincuente o de la sociedad civil. La pena, en tanto castigo, ha de imponerse al reo única y exclusivamente **porque** ha delinquido. Este “porque” es antecedente de la consecuencia que es la pena. Kant ha postulado, como se sabe, que el hombre no puede ser manejado como medio para cumplir propósitos de otro, ni ser confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*). El hombre, incluido el reo, por el mero hecho de ser persona moral es inmune a la pérdida de su dignidad, aunque ciertamente con la pena pueda perder la personalidad civil. Nadie debe pensar en sacar algún provecho de ninguna especie de castigo. Sería tan inmoral pretender sacar un provecho del castigo como escapar a él. Eso es precisamente lo que ocurre en el juicio público que Caifás dirige sobre la supuesta ofensa religiosa que Jesús ha causado a la comunidad judía. No hay motivo ni prueba que justifique la pena. “Aun cuando se disolviera la sociedad civil –sostiene Kant en un conocido pasaje de la *Metafísica de las costumbres*– con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en prisión, para que cada cual reciba lo que merece según sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido esta punición”[4].

¿Cuál es el fundamento moral que se encuentra en el fondo de este planteamiento kantiano? Aparentemente Kant, al invocar el *ius talionis*, estaría nada menos que reviviendo un concepto de justicia vengativa que, al parecer, a esas alturas de la historia la humanidad ya ha superado. Sin embargo, una lectura más atenta y filosófica demuestra que en el planteamiento kantiano hay un fundamento totalmente compatible con su rigurosa concepción moral de la creatura humana. Lo primero que Kant reclama desde un punto de vista moral, que es lo que obliga al derecho, es que haya justicia. La justicia no puede ni debe ignorar o debilitar el hecho delictuoso. Ese es el dato fundamental. Y si el delito ha sido cometido a plena conciencia por un hombre que tiene total dominio sobre su voluntad y entendimiento, y ha hecho uso pleno de su libre arbitrio, la sociedad tiene que comenzar por devolver mal por mal para que el delincuente encuentre en la pena o castigo la necesaria acción igualadora que emana de las exigencias del cuerpo social. Por eso sostiene, reviviendo a Aristóteles, que en la base del castigo debe estar el principio de igualdad proporcional, en la posición del fiel de la balanza de la justicia que no se inclina más hacia un lado que hacia el otro.

Una breve excursión hacia el fondo de su pensamiento moral podrá poner más en claro la decisión jurídica kantiana, que en un principio puede parecer contraria a las corrientes humanitaristas que ya circulan en esos tiempos. Kant distingue dos tipos de leyes: las leyes de la naturaleza y las leyes morales. Las leyes de la naturaleza se imponen inexorablemente a todos los entes naturales y biológicos que se encuentran en el mundo de la naturaleza. Pero si son leyes de la libertad, entonces pertenecen al reino de la moralidad. Y si afectan tan sólo a las acciones externas y a su conformidad con la ley, se llaman leyes jurídicas. Pero si exigen también que ellas mismas deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas. Cuando el hombre cumple con las primeras se habla de legalidad; cuando cumple con las segundas, se habla de moralidad. La libertad a la que se refieren las primeras leyes sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio; pero aquella libertad a la

[4] Cfr. *Metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid, 1994, pp.168-169.

que se refieren las últimas leyes, puede serlo tanto en el ejercicio externo como en el interno del arbitrio, en tanto que queda determinada por las exigencias formales de la razón. La voluntad es, en este cuadro, el fundamento de determinación del arbitrio a la acción. "En la medida que la razón puede determinar la facultad de desear en general, el **arbitrio** –pero también el simple deseo– puede estar contenido bajo la voluntad. El arbitrio que puede ser determinado por la razón pura se llama libre arbitrio. El que sólo es determinable por la inclinación (impulso sensible, *stimulus*), sería arbitrio animal (*arbitrium brutum*). El arbitrio humano, por el contrario, es de tal modo que es afectado ciertamente por los impulsos, pero no determinado; y, por tanto, no es puro por sí, pero puede ser determinado a las acciones por una voluntad pura." De todo lo cual se sigue, para Kant, que la libertad del arbitrio queda a salvo de su determinación por los impulsos sensibles. Esto, en el sentido negativo de libertad; en el sentido positivo, la facultad de la razón pura puede por sí misma hacerse práctica[5].

De suerte tal que la causalidad natural, que se manifiesta mediante las inclinaciones, puede ser, y debe ser, neutralizada por la causalidad moral que no queda determinada en modo alguno por las leyes de la naturaleza, sino que encuentra en la propia razón el principio y fundamento de la acción. El hombre, por tanto, como creatura racional dotada de voluntad y capaz de actuar con entera libertad, precisamente por ser libre y racional, puede con plena conciencia elegir entre cumplir con la ley externa o transgredirla. Pero, al transgredirla, no puede en modo alguno eludir su responsabilidad y lo que eventualmente pueda derivarse de ella, la culpabilidad que acompaña a la acción contraria a la ley.

Kant, como hombre moderno e ilustrado que cree en la autodeterminación de la persona como ser moral y político, consecuentemente concibe al Estado y la relación entre el Estado y el individuo como un vínculo que debe mantener por sobre todo siempre y en toda circunstancia a salvo la libertad personal. El Estado debe respetar al individuo y esto significa concretamente, desde el punto de vista político, que todo hombre tiene derecho a buscar la felicidad y a concebirla a su manera, sin interferencia externa alguna que pueda poner en peligro su autonomía moral. El Estado no puede obligar a nadie a ser feliz, sino que su deber consiste en garantizar las condiciones para que la libertad de cada cual permita al individuo su propia realización. Los sistemas religiosos y morales pueden tener sus ideas de la virtud y construir sus cánones de comportamiento moral e, incluso, pueden, y quizás deben, influir en la conducta de los miembros que asumen sus creencias para que se comporten interna y externamente de acuerdo a un ideal de virtud. Pero ése es un problema moral y no le incumbe al Estado en modo alguno la moralidad de sus ciudadanos sino única y exclusivamente la juridicidad de sus acciones. La moral es cuestión de las personas y cada uno resolverá acudiendo a su condición de ente libre y racional; pero la juridicidad es cuestión del Estado, no para preservar moralidad alguna, sino para permitir el marco externo adecuado para que los individuos busquen de un modo compatible con la ley la felicidad y la realización personal[6].

En consecuencia, tampoco la sociedad por intermedio del Estado tiene derecho alguno a intervenir sobre el futuro del reo y no es nadie para indicarle cómo debe conducir

[5] *Ibíd. op. cit.*, p. 17.

[6] La escuela italiana, al decir de Carrara, comparte esencialmente este planteamiento moral y sus consecuencias jurídicas. "No se puede, pues, dice Carrara, aceptar como principio absoluto el derecho *a la represión*, la fórmula derecho *a la corrección*, porque si la consideramos respecto a la corrección interna, no da una razón absoluta de sí misma, y si la miramos por el lado de la corrección externa, se confunde y unifica con la tutela jurídica. Si declaramos a un perverso el derecho de corregirlo, empleando la expresión *quiero que seas bueno*, él negará obediencia a ese deseo, respondiendo que quiere ser perverso a su antojo y desear el mal como le dé la gana, sin que otro pueda –a no ser que incida en tiranía– entrometerse en ello mientras no se haya visto ofendido en el goce de sus libertades." *Programa de derecho criminal*. Vol. I. Editorial Torres S.A., Bogotá, 1988, p. 15.

su vida, qué valores debe preferir y qué camino debe seguir para reintegrarse a la sociedad como un hombre nuevo que ha sido reconducido de una determinada manera, y bajo una concepción de lo que es el bien y de lo que es el mal, a la vida ciudadana. Kant ve una forma intolerable de tiranía en las doctrinas que minimizan la culpabilidad y ponen toda su atención en la reinserción social o, en términos generales, conciben el derecho penal como un instrumento que debe constreñir a los hombres a ser "buenos" al modo como entiende la bondad el cuerpo social, la autoridad o el Estado. Lo que el Estado debe proteger es la juridicidad y nada más. La moralidad es cosa de los individuos y pertenece al sagrado recinto de la conciencia de cada cual. Incluso si el hombre se rebela contra el Estado, contra la sociedad y todas sus instituciones y declara que no quiere reconvertirse ni asumir los valores jurídicos y morales que comparte su sociedad, está en su perfecto derecho. Pero la ley debe intervenir cuando el perverso intenta pasar, o decididamente pasa, de las intenciones a la acción. Como miembro del cuerpo social no le está permitido en modo alguno dañarlo y si el daño material se produce, debe atenerse a las consecuencias sensibles que implica la respuesta jurídica de la sociedad. Así entiende Kant el rol que le corresponde desempeñar al ciudadano y al derecho en la comunidad.

Esta doctrina jurídico-moral ha sido, en cambio, enérgicamente rechazada por muchos y muy notables pensadores modernos y contemporáneos. Schopenhauer en Alemania –desde la filosofía idealista– y Bentham en Inglaterra –desde el pragmatismo filosófico inglés– mantienen puntos de vista totalmente incompatibles con Kant. "... la teoría de Kant –sostiene Schopenhauer– según la cual la pena se establece únicamente para castigar, es contraria a la razón y carece de sólido fundamento. Lo cual no impide que la reproduzcan en sus obras grandes juristas, envuelta en grandes perífrasis que no son sino palabrería"[7].

[7] A. SCHOPENHAUER: *El mundo como voluntad y representación.* Porrúa, México D.F., 1992.

El punto de partida de Schopenhauer está, naturalmente, en su teoría filosófica explicada en *El mundo como voluntad y representación.* Desde esa filosofía, el que comete delito despoja a la voluntad objetivada de un individuo de sus fuerzas para aumentar en la misma medida las suyas propias; por consiguiente, al exteriorizar su voluntad traspasa los límites de su cuerpo y niega la voluntad del otro. Esta invasión de los límites de la voluntad ajena ha sido conocida en todos los tiempos y su concepto se designa con el nombre de "injusticia". De suerte, pues, que el concepto de derecho, como negación de la injusticia, encuentra su principal aplicación en los casos en que por intermedio de la fuerza se impide la comisión de un acto injusto. Como esta coacción ya no es injusta por estar institucionalizada y representar la defensa de los valores sociales, es, sin duda, justa, aunque la coacción misma, si se la considerara aisladamente, no lo sería; pero en el derecho penal se justifica en razón del motivo de defensa y de negación de la voluntad invasora que sin derecho invade los límites de la libertad ajena con peligro para la integridad y la propiedad del individuo. En este sentido, sólo dentro de la sociedad jurídicamente organizada, es decir, el Estado, puede darse propiamente el derecho penal. Todo derecho a castigar está fundado en la ley positiva ya que antes de cometerse el ilícito ha de estar señalada una pena cuya amenaza sirva de contramotivo y esté encaminada a contrarrestar todos los motivos que pueden conducir a la delincuencia. No cabe aquí desconocerla ni le es dado al delincuente hacerlo, ya que el pacto social la ha reconocido y la ha sancionado eventualmente para todos. Pacto que obliga a todos parejamente, sin excepción. Y por eso, precisamente, el Estado, garante del pacto, tiene pleno derecho a exigir su cumplimiento. De aquí deduce Schopenhauer dos consecuencias inmediatas de la ley penal; primero, desencadena o puede desencadenar la ejecución de la ley ya que ello no significa sino poner en marcha el pacto con las consecuencias que desde luego conlleva y, segundo, y quizá lo más importante, el único fin de la ley es impedir, por la intimidación, el me-

noscabo de los derechos ajenos, para lo cual se han reunido todos bajo un Estado, renunciando precisamente con ello a cometer injusticias y comprometiéndose a reprimirlas de acuerdo con la ley cuando éstas ocurran.

Schopenhauer está consciente que él no está inventando ninguna teoría penal y que, por el contrario, lo que está haciendo es simplemente difundir y reeditar la vieja doctrina platónica –que Séneca repite en estos términos: "*Nemo prudens punit, quia peccatum est; sed ne peccetur*"– que en los tiempos modernos ha vuelto a ser propugnada por pensadores como Hobbes, Puffendorf, Beccaria, Carrara, Feuerbach y muchos otros juristas y filósofos.

Regresando a Kant, al estudiar su teoría penal en los fundamentos, se verá que domina en ella el interés de una justificación no orientada al futuro. Esto, debido a que, según él, del derecho a castigar del Estado no se deriva ninguna consecuencia que sea legítimo tener en consideración. El poder de castigar, principal y esencialmente, se deriva del poder moral que tiene la sociedad de defender lo que de suyo le pertenece. Si bajo la perspectiva schopenahuereana se encontraba una justificación en la proyección futura de la pena, Kant pretende atribuir la mayor racionalidad posible a la retribución. La pena debe encontrar fundamentación y sentido solamente cuando se aplica sin tener en cuenta una intención que vaya más allá de sí misma para entrar a considerar al infractor y a la relación que éste guarda con la sociedad y el Estado. Cuando esto ocurre, la persona queda mediatizada, aunque se alegue que la mediatización obedece a fines altruistas y superiores como lo son los queridos y tutelados por el Derecho. La pena "no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse al autor del delito sólo porque ha delinquido"[8].

La pena obedece a un imperativo categórico que obliga a castigar y, por ello, ningún hombre de la sociedad civil puede escapar a él. Si eso ocurre, sería degradar la justicia, valor supremo de la vida espiritual y social de una nación. "Porque si perece la justicia –sostiene Kant– carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra"[9].

Aceptada la retribución, de lo que se trata es de establecer o encontrar una especie de igualdad proporcional, de carácter jurídico, entre el acto criminal del ofensor y la retribución institucionalizada del ofendido. Esto quiere decir que el sentido de la pena judicial se dirige, o debe dirigirse, hacia el acto criminoso mismo, no hacia el sujeto criminal, como se deriva de las teorías utilitaristas o prevencionistas. Lo que compete a la justicia legal es, más bien, restituir el orden quebrantado, mediante la proporción jurídica debida, en cierto modo, al estilo aristotélico. "En todo castigo –escribe– como tal, debe haber ante todo justicia, ésta constituye lo esencial en este concepto"[10]. En efecto, se pregunta Kant: "¿Cuál es el tipo y grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón?"[11]. Ninguno, sostiene, más que el principio de igualdad. Por tanto, "cualquier daño inmerecido que ocasiones a otro te lo haces a ti mismo; si me injurias, te injurias; si me robas, te robas a ti mismo; si golpeas, te golpeas a ti mismo; si matas a tu prójimo, te matas a ti mismo"[12]. La clave de la prohibición está, desde el punto de vista lógico, en que todas estas acciones generan una aniquilación social ya que, si estuviera permitido robar, y como consecuencia de ello promulgáramos el principio "se permite a todo el mundo robar", entonces, evidentemente, todos podrían ser simultáneamente sujetos y objeto del robo, con lo cual desaparece toda seguridad, puesto que se aniquila el concepto mismo de "robo" en su esencia. Es interesante observar que Kant desarrolla consecuentemente su idea de castigo desde sus primeras y hasta sus últimas obras. Así, por ejemplo, en las *Lecciones de Etica* encontramos la arqueología y cimientos de su pensamiento más tardío. Ahí distingue entre castigos preventivos

[8] *Metafísica de las costumbres,* p. 116.

[9] *Ibíd.*, p. 167.
[10] *Ibíd.*, p. 167.
[11] *Ibíd.*, p. 166.
[12] *Ibíd.*, p. 167.

y castigos restitutorios, entre castigos que atañen a la justicia penal y castigos que atañen a la prudencia del legislador. "Los castigos preventivos –escribe– son aquellos que se declaran con el fin de que no acontezca el mal. Los restitutorios, por el contrario, se declaran por el mal que ha ocurrido. Los castigos, por lo tanto, son medidas para evitar o penar el mal. Todos los castigos provenientes de la autoridad son de tipo preventivo, aleccionadores para el propio infractor o tendientes a aleccionar a otros mediante el ejemplo."[13]

Esto es lo que acontece en realidad, y es el modo como comúnmente concibe la autoridad pública su función de castigar. Ciertamente la autoridad no castiga porque se haya delinquido, sino para que no se vuelva a delinquir. Pero después Kant avanza más resueltamente exponiendo su propia concepción retributiva del castigo y explicando por qué, desde un punto de vista moral, falla la concepción prevencionista de la autoridad pública. El retribucionismo de alguna manera recompensa al delincuente al permitirle su reinserción en la vida social. Pero la recompensa –dice Kant– se sigue de una buena acción "y no para que se sigan ejecutando buenas acciones, sino porque se ha obrado bien. Si comparamos los castigos con las recompensas, observaremos que ni los castigos ni las recompensas deben ser considerados como motivo de acciones"[14]. Si así ocurriese en realidad, entonces la finalidad jurídica de la pena incurriría en la llamada por Kant "índole abyecta", que se divide en "índole mercenaria" (acciones motivadas por la recompensa) e "índole servil" (la inhibición de cometer mala acción por miedo al castigo), y ambas conductas son contrarias al orden moral. De esta forma, toda acción o toda omisión de cometer un delito por miedo, intimidación o persuasión, queda, según Kant, absolutamente fuera del orden moral, lo cual es perfectamente coherente con su concepción ética que implica que un acto verdaderamente moral no debe ser ejecutado bajo ningún estado de pasión, sea de deseo o de miedo, porque si eso ocurre, la conducta moral humana quedaría motivada por la causalidad natural y con ella escaparía al campo de la libertad y, por lo mismo, a la responsabilidad jurídica y moral. De aquí se sigue, primero, que toda coacción psicológica para evitar y prevenir delitos tal como se deriva de la prevención general negativa, sostenida primero por Schopenhauer y más tarde por Feuerbach en Alemania, carecería de toda justificación moral y, segundo, que toda intimidación o inhibición psicológica supone utilizar la sanción, en incluso al delincuente, como medio y no como fin en sí misma. La acción, en cambio, ha de estar conforme a la voluntad que se da a sí misma su legislación y, por tanto, su propia autonomía y su propia soberanía.

Los motivos subjetivos existirían únicamente para suplir la falta de moralidad. "Quien se ve recompensado a causa de sus buenas acciones, volverá a ejecutar una buena acción, pero no porque sean buenas, sino porque son recompensadas y, quien es castigado a causa de una mala acción no aborrece las malas acciones, sino los castigos, de modo que continuará realizando malas acciones, tratando de eludir los castigos mediante la 'astucia jesuítica'"[15].

Toda la argumentación kantiana en esta materia está ordenada a justificar un retribucionismo que descarta toda posibilidad teórica de aceptar la pena desde una perspectiva teleológica. El fundamento de su ética humanitaria supone el principio según el cual debe tratarse a la humanidad, en la persona del prójimo y en la propia, siempre como fin en sí mismo y jamás como medio. Este principio fundamentalísimo de la cultura ética occidental intenta Kant hacerlo presidir el orden jurídico, toda vez que, en su concepción, el derecho, en definitiva, debe responder a las exigencias de la moralidad por mucho que el derecho en tanto derecho se distinga precisamente de la moralidad. De ahí su insistencia en que la acción de castigar se fundamenta en el delito cometido en sí, en la pura transgresión de la legalidad vigente

[13] *Lecciones de ética*, Siglo XXI, Madrid, 1994, p. 95.

[14] *Ibíd.* p. 95.

[15] *Ibíd.* p. 127.

–como dirá Hegel– y bajo una idea directriz representada por la ley del talión, principio éste que Kant lleva hasta las últimas consecuencias cuando trata de justificar la pena capital. La *lex talionis* constituye, para el filósofo de Königsberg, la medida y la regla cuando se trata de castigar un crimen. Porque "si alguien ha cometido un asesinato, tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia más que la muerte del ofensor. No existe ninguna equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte; por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia sino matando al culpable por disposición jurídica, aunque ciertamente ha de tratarse de una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo a la humanidad en la persona de quien la sufre"[16].

La reflexión que cabe hacer aquí es si, como sostenía Ulpiano, ¿ha de hacerse justicia siempre, aunque perezca el mundo? O, por el contrario, ¿ha de hacerse justicia, como corregirá Hegel, precisamente, para que no perezca el mundo? Kant es partidario absolutamente del primer modo de concebir la justicia y ello, como se ha recordado, porque hace derivar lógica y ontológicamente la justicia jurídica de la justicia moral y, siendo el orden moral superior al jurídico, este último debe subordinarse a aquél. Porque la grandeza de lo humano no consiste en el comportamiento jurídico, ni político, ni social, sino en el comportamiento conforme al deber, es decir, a la moralidad, lo único no condicionado y bueno en sí mismo. Naturalmente que esto no quiere decir que Kant rechace el orden jurídico, político y social; tan sólo quiere decir que estos órdenes no pueden autolegislar a espaldas de la moralidad ya que el hombre se define como tal por su conducta moral, ni siquiera por la teórica, sino esencialmente por su vida práctica y, dentro de ésta, por la moral.

La doctrina rival, el retribucionismo utilitarista, en cambio, descuida este aspecto teórica y racionalmente tan riguroso y sólido, para minimizarlo en vistas de la seguridad jurídica y de los intereses sociales. Pero los intereses surgen de la necesidad material y tangible que despliega el hombre por el mundo real, en lo cual y con lo cual, en definitiva, no se distingue en el reino de la naturaleza de los demás seres sensibles. Porque también éstos tienen intereses derivados de la prioridad material de sus cuerpos y del medio ambiente. En cambio, al hombre, y sólo al hombre, le ha sido dada la gloria de sobrepasar los intereses en vista de aspiraciones más altas e intangibles, que son los valores. Los valores corresponden y orientan la vida espiritual y por ser ésta muy superior a la material, todo el orden humano debe subordinarse a ella.

Desde la otra perspectiva, fundamentalmente pragmática, romana y empirista, el hombre es eminentemente un ser social y su realización en orden a conseguir la felicidad depende de la interacción social. Desde este ángulo de visión, la eliminación del delincuente no solamente sería inmoral –ya que la moral es un resultado de la vida social y no una consecuencia nouménica de leyes *a priori* independientes de la causalidad natural– sino también improductiva. De lo que se trata, entonces, es de otorgarle la posibilidad de retornar al orden perdido como consecuencia de la caída. El delincuente que reconoce su delito, recibe una pena y se rehabilita, ya ha "saldado" su deuda con la sociedad y, por tanto, ésta debe volver a admitirlo en su seno para la plena integración y realización humana y social.

Lo contrario sería brutalidad e injusticia y así lo entienden los filósofos penalistas de todos los tiempos. Schopenhauer intentará rebatir la esencia del argumento kantiano del hombre como finalidad absoluta, y Beccaria hará un llamado humanitario en la defensa de los derechos del condenado apelando a la sensibilidad social. Para el filósofo alemán, el concepto del castigo se reduce a lo siguiente: "La emisión de un mal como secuela de una acción, ocasiona que dicha acción quede amenazada por la ley a fin de prevenir aquel mal"[17]. Este concepto schopenahuereano supone que el castigo vale contra una acción malvada que

[16] *Metafísica de las Costumbres*, p. 168.

[17] *Ibíd.* p. 110.

está prohibida por la legalidad mediante otra disposición jurídica que anula la ilegalidad y, de esta forma, la finalidad propia de la ley consiste en la intimidación del menoscabo del derecho ajeno ya que, precisamente, para quedar protegido ante injusticias o violaciones de la ley es por lo que cada cual se adhiere al Estado y renuncia a cometer injusticias, a la vez que asume las cargas para la conservación del Estado y el orden social. Ahí estaría el fundamento de la reserva teleológica de Schopenhauer y, a su vez, el punto de quiebre con el retribucionismo kantiano. De ahí que Schopenhauer deba fundamentar su rotundo rechazo al principio moral kantiano según el cual el hombre nunca debe valer como medio, sino siempre como fin. La *vindicatio,* que mira al pasado, sólo tendría razón de ser en el estado de naturaleza, pero dentro del Estado pierde toda significación y todo valor de justicia ya que al acordarse por contrato social las leyes que regirán el Estado, éste, a nombre del individuo ofendido, hará recaer todo su peso legal contra el individuo ofensor y, de este modo, los tribunales de la sociedad civil cumplirán el propósito para el cual fueron creados, esto es, dirimir y restablecer el orden jurídico cuando alguno de sus integrantes lo ha quebrantado. En este punto Hegel concuerda con Schopenhauer –o quizá Schopenhauer con Hegel. El filósofo idealista escribe: "El derecho que ha llegado a la existencia en forma de ley, es para sí, y se pone como independiente frente al particular y la opinión del derecho alcanza valor como universal. Este conocimiento y realización del derecho en los casos particulares que deja de lado el sentimiento subjetivo del interés particular, concierne a un poder público, los tribunales de justicia"[18].

También Locke, antes que Hegel, valora y legitima la función punitiva que le cabe al Estado cuando señala en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, "Vemos, pues, que al quedar excluido el juicio particular (la posibilidad de venganza) de cada uno de los miembros, la comunidad viene a convertirse en árbitro y, interpretando las reglas generales por intermedio de ciertos hombres autorizados por la comunidad, resuelve todas las diferencias que puedan surgir entre los miembros de dicha sociedad en asuntos de derecho, y castiga las culpas que cualquiera haya cometido contra la sociedad, aplicándole los castigos que la ley tiene establecidos"[19].

De este modo, al parecer, el *ius talionis* kantiano queda rechazado por estos pensadores, con lo cual se desecha el principio último, de carácter oral, que debe sustentar el derecho penal, según Kant. Lo que no puede aceptar Schopenhauer es que el derecho castigue única y exclusivamente las acciones en sí mismas; eso lo considera contrario a la razón y, precisamente por ello, "inmoral".

Como se observa, el ataque de los prevencionistas a la concepción jurídico-penal del retribucionismo radica en el concepto de sociedad civil y, muy especialmente, en la idea del "pacto social". Pareciera ser, en la doctrina prevencionista, que el pacto implica, desde luego, la potencial consecuencia indeseada del castigo para los hombres que concurrieron a su aceptación. Este es, también, el punto del jurista italiano Cesare Beccaria, quien, en 1764, dio a la luz su famoso y breve tratado *De los delitos y de las penas* en donde echa los fundamentos del derecho penal prevencionista de la Ilustración. Beccaria asume una teoría netamente utilitarista e intimidatoria de la pena; el fin de la pena no es otro que impedir al reo realizar nuevos daños a los ciudadanos y desanimar a los demás a hacer cosas semejantes. No es necesario, piensa Beccaria, que las penas sean crueles, como lo es la pena capital, para ser intimidatorias. En su defecto, basta la cadena perpetua, la que sería más intimidatoria y, desde luego, más humana que la propia pena de muerte porque le obliga a representarse al potencial ofensor una larga vida cargada de sufrimiento y no sólo un momento amargo y pasajero, que es el de la ejecución.

Kant rechaza conscientemente la argumentación de Beccaria y, por tanto, podríamos suponer, la argumentación de Locke y de Schopenhauer, y todo el retribucionismo, cuando escribe precisamente lo siguiente. "El Marqués de Beccaria, por un sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afecta-

[18] *Op. cit.*, p. 209.

[19] *Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Edit. Aguilar, 1963, p. 109.

do, ha sostenido que toda pena de muerte es ilegítima, porque no puede estar contenida en el contrato civil originario pues en ese caso cada uno en el pueblo hubiera tenido que estar de acuerdo en perder su vida si mata a otro; pero este consentimiento es imposible porque nadie estaría dispuesto a dejar que otros dispongan a su arbitrio de su propia vida."[20]

Contra este argumento (de que en el contrato originario sería imposible que el individuo aceptara poner en riesgo su propia vida en el caso hipotético y contrafáctico de cometer él un homicidio, sobreviniéndole por ello la *lex talionis* –argumento en el cual se hacen fuerte todos los prevencionistas contrarios a la pena de muerte y, en general, a la pena compensatoria– se dirige el formidable pensamiento kantiano. En efecto, nadie –explica– en el contrato civil originario pondría su vida en peligro al acordar la pena máxima para un asesino. No es el pueblo, es decir, cada individuo en sí mismo, quien dicta la condena de muerte, sino el tribunal, es decir, la justicia pública, por tanto, otro distinto del criminal. En el contrato social no está contenida, en modo alguno, la promesa de ser castigado, disponiendo así el contratante de sí mismo y de su propia vida. El punto clave de este sofisma, dice Kant, es el de considerar que el propio juicio del criminal de tener que perder la vida se considere como decisión de su voluntad y, de este modo, se representen como unidos en una y la misma persona el que exige la sanción y el que la decreta, porque si así fuera estarían en una misma posición el delincuente y el juez que sanciona al criminal. Y puesto que, para Kant, la legislación externa al sujeto moral se correlaciona con el Derecho, corresponde precisamente a éste la coacción y la sanción exterior de los actos antijurídicos. Tal legislación penal y, en especial, la sentencia condenatoria del tribunal, le sobreviene al individuo mediante una causa externa, ajena a la autonomía de su voluntad. Bajo ésta, las disposiciones y condiciones internas y subjetivas del individuo quedan superadas y supeditadas al poder de las instituciones jurídicas llamadas a calificar y a sancionar las conductas criminales. Mal podría ser, entonces, la supuesta contribución voluntaria de la representación individual de males jurídicos futuros, en el pacto, el origen de la legitimidad de los castigos judiciales porque, racionalmente, nadie firmaría un pacto en el cual somete a riesgo su persona y la deja como rehén de las vicisitudes de la vida.

[20] *Metafísica de las Costumbres*, p. 171.

IV. Conclusiones

En este trabajo, orientado específicamente a examinar las consecuencias de la pena desde una perspectiva filosófica, hemos asistido al debate entre el retribucionismo y el utilitarismo prevencionista penales. No se puede decir que, moralmente hablando, el retribucionismo haya cedido ante el utilitarismo, ni lo contrario. Estas dos posiciones constituyen una antinomia aparentemente insoluble en el terreno de la filosofía penal y, desde luego, ponen a la vista las dificultades filosóficas y morales que surgen en una y otra postura.

El debate, en todo caso, nos aclara y nos lleva a exigir a todo sistema penal el cumplimiento de algunos principios éticos fundamentales sin los cuales la sociedad que castiga mediante el derecho penal no puede mantener ni conservar una buena conciencia. Y estos principios son, según se desprende de este debate, al menos los siguientes: "Hacer el bien y evitar el mal", "Tratar al prójimo siempre como fin y nunca como medio", "No castigar jamás a un inocente por muy buenas razones de carácter social y preventivo que se puedan aducir", "Darle a cada cual lo suyo según el mérito de sus actos y sólo por el mérito de sus actos, lo que equivale a decir que nadie debe ser castigado con más ni menos que lo que realmente sus hechos delictivos valen".

A estos hay que sumar los principios consagrados por el liberalismo a partir de las doctrinas iusnaturalistas e ilustradas de la modernidad, que conocemos como derechos humanos o fundamentales y que han pasado a constituir el soporte y la verdadera legitimación del moderno estado social y democrático de derecho.

Estos principios morales no deberían ser sometidos a regateo por ninguna política criminal y, por el contrario, deberían presidir y orientar todo el ordenamiento jurídico penal de una nación civilizada.